

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Commerce électronique

Gobert, Didier

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, D 2004, 'Commerce électronique: vers un cadre juridique général pour les tiers de confiance', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 18, p. 33-56.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Commerce électronique : vers un cadre juridique général pour les tiers de confiance

Didier Gobert¹

Introduction

Le cadre enchanteur du commerce électronique et l'apparence de liberté qui en découle, ne doit pas faire oublier que la confiance dans les relations humaines a souvent été bâtie au gré des rencontres entre partenaires potentiels et à la suite de la formalisation de leurs engagements éventuels sur un support papier – difficilement altérable – revêtu de notre « bonne veille » signature manuscrite, envoyé le cas échéant par lettre recommandée déposée à La Poste et remise en mains propres par l'agent de La Poste. Il convient donc de maintenir un tel climat de confiance dans un monde virtuel dans lequel les parties ne se voient ni ne s'entendent et dans lequel l'aspect immatériel des échanges pose la question du caractère bien réel de ceux-ci, particulièrement dans les réseaux ouverts à tout venant.

Dans ce contexte, il est rapidement apparu nécessaire de développer des techniques permettant de gagner la confiance des utilisateurs afin d'assurer le développement harmonieux des échanges au sein des réseaux virtuels.

Ces diverses techniques impliquent généralement l'intervention d'un tiers dont le métier est précisément de mettre en œuvre tous les moyens techniques afin de créer un contexte dans lequel les parties peuvent établir des échanges en toute sécurité. Dans le cadre de l'utilisation de signatures électroniques, ce tiers de confiance est appelé « prestataire de service de certification » (ci-après « P.S.C. »).

Le législateur européen, repris en chœur par les législateurs nationaux, a manifestement estimé que la confiance devait se mériter, ce qui a justifié l'adoption d'un régime juridique spécifique applicable aux activités des prestataires de service de certification. Le dit régime est établi par la directive européenne du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques², transposée en droit belge par la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification³.

1. Conseiller adjoint au Service Public Fédéral Economie, Direction Générale Régulation et Organisation du Marché, service économie électronique. Les opinions exprimées dans cet article sont exclusivement celles de son auteur et n'engagent nullement le S.P.F. Economie.
2. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13/12 à 20 du 19 janvier 2000.
3. *M.B.*, 29 septembre 2001, pp. 33070-33078. Pour un commentaire de cette loi, voy. D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », in *La preuve*, Liège, Formation permanente C.U.P., 2002, vol. 54, pp. 83-172.

A l'analyse de cette législation, on constate que son champ d'application est limité à l'intervention du tiers de confiance dans le cadre de l'utilisation de signatures électroniques et de certificats d'identité. Or, lorsqu'on envisage la conclusion, la transmission et la conservation d'un acte juridique dans un processus totalement électronique, il devient difficile de s'affranchir d'une réflexion plus large sur les conditions que devraient remplir les tiers de confiance dans le cadre de l'offre d'autres services, tels le recommandé électronique, l'archivage électronique, le blocage transitoire des sommes dans le cadre de l'application de l'article 80, § 3, de la loi sur les pratiques du commerce, etc. Ces conditions permettraient de garantir la fiabilité de ces services mais

aussi d'assurer la reconnaissance juridique de ceux-ci.

Dans le cadre de cette contribution, nous nous proposons donc d'analyser l'opportunité, d'une part, d'élargir le champ d'application de la loi du 9 juillet 2001 en vue d'établir un régime juridique général qui couvre l'offre de services de recommandé électronique, d'archivage électronique voire de blocage transitoire des sommes dans le cadre de l'application de l'article 80, § 3, de la loi sur les pratiques du commerce et, d'autre part, de consacrer – pour chacun de ces services – une clause d'assimilation comparable à la clause d'assimilation existante en matière de signature électronique.

Présentation générale de la problématique

Le développement d'Internet et des moyens de communication connexes représentent une opportunité extraordinaire pour les entreprises soucieuses d'augmenter leurs canaux de distribution et pour les administrations qui souhaitent lancer des projets d'e-gouvernement. Toutefois, il est rapidement apparu que le développement d'un contexte de confiance est un préalable nécessaire en raison de certains risques potentiels relatifs notamment à l'identification des parties, à la transmission des données personnelles, à la date des envois, à l'intégrité lors de la conservation des données, à la sécurisation des paiements, au respect de la législation relative à la protection des consommateurs. Ces risques potentiels représentent certainement un frein au

développement des transactions sur Internet.

Afin d'assurer le développement harmonieux du réseau des réseaux, plusieurs techniques permettent de gagner la confiance des utilisateurs d'Internet. Ces techniques impliquent généralement le recours à un tiers (autorité de certification, horodateur, archiveur, labellisateur, médiateur ou arbitre électronique), dont le métier est précisément d'intervenir afin de créer, d'une autre manière que dans l'environnement traditionnel, un contexte dans lequel les transactions peuvent s'opérer en toute confiance et de manière sécurisée. L'on voit ainsi se développer ce que certains ont baptisé les « nouveaux métiers de la confiance »⁴.

4. M. ANTOINE, D. GOBERT et A. SALAÜN, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance », in « Droit des technologies de l'information, regards prospectifs », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 3 à 32.

L'on sait que le législateur belge a déjà établi un régime juridique pour les prestataires de service de certification, que l'on peut qualifier de « tiers de confiance ». Néanmoins, à l'analyse de la loi du 9 juillet 2001 qui consacre ce régime, on constate que le champ d'application de celle-ci est limité à l'intervention du tiers de confiance dans le cadre de l'utilisation de signatures électroniques et de certificats d'identité⁵. Or, lorsqu'on envisage la conclusion, la transmission et la conservation d'un acte juridique dans un processus totalement électronique, il convient d'élargir la réflexion afin de déterminer les conditions que devraient remplir les tiers de confiance dans le cadre de l'offre d'autres services permettant de prouver la réalité et la date de l'envoi d'un courrier électronique, de garantir l'intégrité, la lisibilité, la durabilité ainsi que la vérification de l'origine de documents archivés, ou encore de veiller au blocage transitoire des sommes dans le cadre de l'application de l'article 80, § 3, de la loi sur les pratiques du commerce, et de restituer ces sommes si nécessaire⁶.

On peut évidemment s'interroger sur la nécessité de légiférer dans cette matière. Comme ils l'ont fait pour la problématique de la signature, certains auteurs pourraient estimer qu'une modification de la loi n'est pas souhaitable⁷. Ils inviteraient à faire confiance aux juges pour développer les potentialités des textes existants⁸. On doit leur donner raison et tort à la fois.

On doit leur donner en partie raison car, comme le constate D. MOUGENOT, la « jurisprudence a déjà fait preuve d'une grande capacité à élaborer des systèmes juridiques complexes à partir de textes très généraux »⁹.

Mais on doit également leur donner tort pour plusieurs raisons. D'une part, ces décisions sont isolées et manifestement insuffisantes pour établir un régime juridique clair qui serait source de sécurité juridique et qui permettrait de pousser vers le haut la qualité des services. Comme le fait remarquer D. MOUGENOT, pour que la jurisprudence puisse exercer sa capacité d'innovation, « encore faut-il que les juges aient à se prononcer sur des cas d'espèce. Or, nous avons relevé le petit nombre de litiges soumis à la justice (...) La mise sur pied d'un droit de la preuve de nature jurisprudentielle risque fort de prendre du temps et de rester lacunaire »¹⁰. D'autre part, même si certains juges ont l'occasion de se prononcer en faveur d'une approche fonctionnelle, ceux-ci risquent de régler le problème de manière partielle, en fonction du cas d'espèce, sans vision générale et cohérente de la problématique. Ajoutons en outre que, contrairement à l'approche jurisprudentielle qui ne peut se développer que sur la base de litiges, l'intervention législative permet de poursuivre un objectif préventif et d'éviter précisément la naissance de litige.

Enfin, on ne voit pas ce qui justifie

5. Voy. D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *op. cit.*, p. 100.
6. Dans un contrat à distance, l'article 80, § 3, alinéa 1^{er} de la L.P.C. interdit au vendeur d'exiger un acompte ou un paiement avant la fin du délai de renonciation. Toutefois, l'alinéa 3 du même article permet de consacrer des cas dans lesquels cette interdiction serait levée. Un système de blocage transitoire des sommes proposé par un tiers fiable pourrait constituer l'un d'eux (cf. *infra*).
7. Concernant le domaine de la signature, voy. D. AMMAR, « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *R.T.D. civ.*, 1993, p. 532 ; A. MYNARD, « Télématique et preuve en droit civil québécois et français : une antinomie ? », *D.I.T.*, 1992, p. 21.
8. On pense par exemple à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ; à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 consacrant l'approche fonctionnelle ; au nouvel article 144octies de la loi du 21 mars 1991 ouvrant la voie au recommandé électronique.
9. D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives », *Droit de la preuve*, Formation permanente C.U.P., vol. XIX, octobre 1997, p. 98.
10. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 99.

que l'on n'exige aucun niveau minimum de fiabilité en matière de recommandé électronique ou d'archivage électronique alors que l'on exige le respect de garanties techniques et juridiques minimales en vue d'assimiler une signature électronique à une signature manuscrite¹¹, et de lui reconnaître ainsi la même force probante. Or, sur le plan probatoire, il est tout aussi important de disposer de moyens de preuve « solides » en vue de convaincre le juge de la réalité et de la date d'un envoi mais aussi de la non-altération du document malgré l'écoulement du temps. Si le respect de garanties minimales n'est pas imposé aux opérateurs de ces services, des discussions techniques et délicates à trancher naîtront inévitablement devant le juge à convaincre, ce qui crée une insécurité juridique certaine. A juger de la piètre qualité des services offerts par certains opérateurs, exiger un niveau minimum

de fiabilité et de sérieux ne semble pas superflu. Raisonner autrement reviendrait à laisser croire aux utilisateurs qu'ils disposent de moyens de preuve électroniques (rarement gratuits)... qui, en pratique, risquent de ne rien prouver ! Il convient dès lors de lever l'incohérence légale et de supprimer ce régime discriminatoire sur le plan probatoire qui existe actuellement dans notre droit.

Nous nous proposons dès lors d'explorer – par un effet de zoom – trois domaines dans lesquels nous jugeons que l'intervention d'un tiers de confiance s'avère nécessaire et d'envisager les garanties que ces tiers devraient offrir. Ces trois domaines sont le recommandé électronique, l'archivage électronique et le blocage transitoire des sommes dans le cadre de l'application de l'article 80, § 3, de la loi sur les pratiques du commerce.

La fourniture d'un service de recommandé électronique

1. Intérêt de recourir à un envoi recommandé

L'envoi recommandé est défini en droit belge comme un « service consistant à garantir forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas

échéant à sa demande, une preuve du dépôt ou de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire »¹².

Nous ne souhaitons pas analyser dans le cadre de cette contribution la mesure dans laquelle le système de recommandé électronique peut offrir un

11. Pour rappel, la clause d'assimilation à la signature manuscrite - consacrée par l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 - ne s'applique que pour autant que l'on utilise une signature électronique avancée, réalisée sur la base d'un certificat qualifié (ce qui suppose que le certificat contienne certaines mentions obligatoires et que le prestataire qui le délivre réponde à de nombreuses exigences légales) et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique. Pour un commentaire de cette clause d'assimilation, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, Formation permanente C.U.P., Liège, Volume 54, mars 2002, p. 75-81 ; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel - Enkele bedenkingen », A.J.T., 2001, pp. 881-901 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique » in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, éd. Jeune barreau Liège, 2001, pp. 112 et s. ; M. E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen », R.W., 9 juin 2001, n° 41, pp. 1505-1525.
12. Article 131, 8°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par l'article 2 de l'arrêté royal du 9 juin 1999.

niveau de garantie équivalent, voire supérieur, au recommandé papier. Limitons nous à citer le professeur Montero qui a constaté que le recommandé traditionnel est finalement « une institution relativement modeste eu égard aux garanties qu'elle apporte. Le dépôt à La Poste d'une lettre recommandée permet tout au plus d'établir la date du dépôt (sans certitude que la lettre soit parvenue à destination !) et, le cas échéant, sa bonne réception par le destinataire (recommandé avec accusé de réception). Pour le reste, il faut s'en remettre à des présomptions – sérieuses certes, mais simples présomptions tout de même – qui trouvent leur justification dans le quod plerumque fit du fonctionnement des services postaux (d'ordinaire les lettres parviennent à leur destinataire) et dans la philosophie sous-jacente à l'article 1315 du Code civil (contenu de l'envoi) »¹³.

Il a en outre été constaté qu'un système de recommandé électronique – pour autant qu'il soit offert par un prestataire de qualité et combiné à un mécanisme de signature électronique qualifiée ainsi que d'archivage électronique – permettrait de garantir avec une certitude élevée non seulement la preuve de l'envoi et de la réception d'un message mais aussi la preuve du contenu de l'envoi et de l'identité des parties. Sur le plan probatoire, il apporte donc « un plus appréciable par rapport au recommandé postal traditionnel : la technique permet d'attester que le contenu adressé au destinataire coïncide effectivement avec le contenu allégué par l'expéditeur, voire

que le courrier a été effectivement lu (ou du moins ouvert) »¹⁴.

Il est fréquent que l'on recourt à l'envoi recommandé. Soit parce que, d'initiative, l'on souhaite se ménager une preuve, spécialement dans le cadre d'une relation qui pourrait donner lieu à un litige¹⁵. Soit parce que l'on y est tenu par une exigence légale ou réglementaire. En matière de contrat à distance, hypothèse dans laquelle les parties scellent leur accord par un échange de lettres, l'envoi recommandé peut également jouer un rôle non négligeable. Le recours à la lettre recommandée permet à l'expéditeur d'un courrier (contenant par exemple l'acceptation d'une offre) de se constituer une preuve de son envoi.

L'envoi recommandé répond sans nul doute au souci de se ménager des moyens de preuve dans une optique de protection juridique. En effet, l'envoi recommandé permet (en principe) de remplir diverses fonctions telles que d'établir la réalité d'un envoi, la date de celui-ci et, le cas échéant, sa réception par le destinataire.

Alors que se généralise la communication électronique pour s'échanger des informations ou pour poser ou conclure des actes juridiques, il s'imposait de reconnaître légalement la possibilité d'effectuer des envois recommandés par voie électronique. Cette reconnaissance est désormais acquise, constatant toutefois qu'elle s'est opérée en deux temps.

13. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 79.

14. *Ibidem*.

15. Par exemple en vue de constater un défaut de conformité dans le cadre d'un contrat d'entreprise ou de notifier une mise en demeure.

2. La reconnaissance juridique et la libéralisation du recommandé électronique

En effet, en date du 9 juin 1999, la Belgique a adopté un arrêté royal¹⁶ transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997¹⁷. Cet arrêté royal comporte une disposition qui consacre implicitement le recommandé électronique en droit interne. Il s'agit de l'article 21, qui insère un article 144octies dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cet article prévoit, en son paragraphe 2, que « Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste et ce, quel qu'en soit le support ». Il s'agit du premier texte belge qui stipule que le recommandé peut être effectué sur tout support, qu'il soit physique (papier) ou électronique¹⁸.

Si ce texte ouvre juridiquement la porte au recommandé électronique, cela ne signifie pas pour autant qu'il permet de passer par n'importe quel opérateur. En effet, l'article 21, § 2, de l'arrêté royal précité stipule que le service d'envois recommandés utilisé dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives fait partie des services réservés à La Poste. Le rapport au Roi justifie le maintien du monopole comme suit « En ce qui concerne les envois re-

commandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives, étant donné qu'il est exigé dans plusieurs lois et arrêtés que l'envoi recommandé se fasse à La Poste, il a paru souhaitable, afin de ne pas devoir modifier toutes ces dispositions et d'éviter d'éventuels problèmes sur le plan juridique et administratif, de réserver le service concerné à La Poste. Celle-ci dispose par ailleurs d'expérience en la matière. Par soucis de cohérence, il est également prévu que ces envois sont réservés à La Poste quel qu'en soit le support (physique ou électronique) ». Cette justification est largement critiquable et a d'ailleurs été critiquée¹⁹.

Il convient en outre de préciser que le rapport au Roi, ayant probablement pris conscience des limites de l'article 21 dans un contexte de libéralisation des services postaux, apporte une atténuation au caractère réservé de ce service : « Le fait, pour un utilisateur, de recourir erronément à un autre opérateur que La Poste pour l'envoi d'un recommandé dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative n'entraîne cependant pas la nullité de la pièce, sauf si une disposition devait le prévoir expressément ».

Le législateur belge ne pouvait maintenir longtemps cette situation peu justifiable, et encore moins résister à la pression de la Commission européenne auprès de laquelle des concurrents de La Poste ont déposé plainte pour monopole abusif de cette dernière sur le terrain du recommandé électronique.

16. M.B., 18 août 1999. Cet arrêté royal a été confirmé par l'article 239 de la loi du 12 août 2000 « portant des dispositions sociales, fiscales et diverses », M.B., 31 août 2000.
17. Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, J.O.C.E., n° L 15 du 21 janv. 1998, p. 25.
18. En ce sens, voy., dans le rapport au Roi, le commentaire de l'article 21 où une mention de l'expression « quel qu'en soit le support » est suivie, entre parenthèses, des termes « physique ou électronique » (M.B., 18 août 1999, p. 30701).
19. T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN), *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 743 ; E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, pp. 81-83.

C'est la raison pour laquelle il a été amené à revoir sa copie. En effet, la loi-programme du 2 août 2002 libéralise purement et simplement le recommandé électronique, en ne laissant subsister le monopole de La Poste que pour les envois papier traditionnels.

Dorénavant, l'article 144octies de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques est libellé comme suit : « Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés physiques utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste »²⁰. Cette nouvelle formulation n'est pas des plus heureuses. L'expression « quel qu'en soit le support » ne s'y trouve plus. Or, la reconnaissance juridique du recommandé électronique se déduisait précisément du membre de phrase disparu. L'interprétation de l'article 144octies (nouvelle mouture) est aujourd'hui incertaine... même s'il ne fait plus de doutes que le recommandé électronique est admis juridiquement²¹, ne fut-ce que par le jeu de l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information²², dont il résulte que « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées »²³.

3. Du recommandé électronique au recommandé électronique qualifié

On conclut de ce qui vient d'être dit que le recommandé électronique est non seulement reconnu mais en outre libéralisé. Il peut donc a priori être offert par tout prestataire sur le marché²⁴.

Toutefois, dans le contexte actuel, il subsiste encore deux problèmes.

D'une part, s'il est vrai que certains prestataires sur le marché semblent offrir – à première analyse – un service de bonne qualité et garantir les fonctions propres au courrier recommandé, d'autres services existant sur le net sont nettement plus sujets à critique. Comme le constate le professeur Montero, « tel service (que nous préférons ne pas désigner nommément) se montre peu rigoureux sur le plan des effets juridiques garantis : les affirmations contenues dans les accusés transmis lors de l'envoi d'un message sont purement et simplement erronées. (...) En l'absence de toute signature électronique utilisée par les partenaires à la communication (il s'agit là d'un fait que nous avons pu constater), [certaines affirmations] apparaissent pour le moins téméraires »²⁵. D'autres sites sont franchement à déconseiller tant les informations données sont approximatives, sinon fallacieuses »²⁶. De plus, il est fréquent que le prestataire limite largement sa responsabilité. Un prestataire de service de recommandé électronique pré-

20. Voy. l'article 172 qui modifie l'article 144octies de la loi du 21 mars 1991.

21. En ce sens, E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, pp. 69-99 ; O. VAN CUTSEM, « L'évolution technologique et le monde postal - La validité juridique du courrier électronique en Belgique », juin 2003, disponible à l'adresse suivante : http://www.droit-technologie.org/dossiers/validite_juridique_LR_belgique.pdf

22. M.B., 17 mars 2003, p. 12963.

23. Rappelons néanmoins que cette clause n'est applicable qu'aux formalités visées dans le cadre du processus contractuel.

24. Seuls les envois recommandés « papiers » utilisés dans le cadre de procédure judiciaire ou administrative restent confiés à La Poste.

25. Un prestataire indique par exemple dans ce contexte que : « Le présent envoi vaut preuve littérale » !

26. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, pp. 85-86.

voit par exemple la clause suivante dans ses conditions générales : « Compte tenu de l'aléa technique, le fournisseur ne pourra pas être tenu pour responsable des conséquences du fait qu'un message n'ait pas été présenté ». Un autre prestataire indique dans ses explications : « Comme vous l'avez remarqué, nous ne vous demandons pas vos papiers ! Il n'a pu vous échapper que nous mettons un point d'honneur à ne pas conditionner l'accès de ce service à votre fichage détaillé et systématique sur le site ». Cela signifie que ce prestataire permet à quiconque d'utiliser son service sans vérifier au préalable sa véritable identité, ce qui peut poser des difficultés quant au caractère signé ou non du message, et donc quant à sa valeur probatoire.

Dans un souci de sécurité juridique et de protection du consommateur mais aussi en vue d'assurer une concurrence loyale et saine entre les opérateurs, on perçoit déjà l'intérêt de mettre en place un outil qui permettrait d'opérer un tri entre les prestataires de qualité et les autres.

D'autre part, il est encore très fréquent que des textes législatifs ou réglementaires exigent l'envoi de documents par lettre recommandée « à la poste ». La question qui se pose est la suivante : est-il permis juridiquement d'utiliser un service de recommandé électronique, fourni par un prestataire autre que La Poste, dans les cas où un texte légal ou

réglementaire prévoit la formalité de la lettre recommandée « à la poste » ?

Selon nous, on doit permettre de passer par un service de recommandé offert par un acteur autre que La Poste, et ce, nonobstant l'utilisation dans la loi des termes « lettre recommandée à La Poste »²⁷. L'opinion contraire reviendrait à réattribuer à La Poste, en violation des règles de concurrence, un monopole là où le législateur entendait le lui retirer²⁸. On doit néanmoins admettre que cette interprétation, fondée certes sur la volonté présumée du législateur, est purement doctrinale. Elle pourrait donc prêter à discussions et constituer une source d'insécurité juridique.

Afin de lever une fois pour toute cette incertitude, nous conseillons d'adopter une disposition transversale prévoyant que « Lorsqu'une lettre recommandée à La Poste est requise par un texte légal ou réglementaire, cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur »²⁹.

Il semble néanmoins qu'il ne soit pas possible d'adopter cette disposition dans le cadre de la délégation au Roi consacrée par l'article 16, § 3, de la loi du 11 mars 2003 pour deux raisons. Premièrement, le champ d'application de la délégation au Roi est limité à la levée des obstacles de forme dans le cadre du processus contractuel alors que la disposition transversale visée ici devrait valoir en toutes matières (y com-

27. Il ne semble pas que le législateur de l'époque ait voulu traiter différemment « l'envoi recommandé » de « l'envoi recommandé à La Poste » (le service n'était pas différent du fait que le texte législatif ou réglementaire utilisait ou non les mots « à La Poste »). Dans les deux cas, il convenait de toute façon de passer par La Poste - qui disposait d'un monopole en la matière - pour recourir à ce service unique !
28. En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in « Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 244, n° 446 ; T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN), *op. cit.*, n° 743 ; E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, p. 91.
29. En ce sens, E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, p. 92.

pris pour les recommandés exigés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives). Deuxièmement, le fait d'exiger de passer par La Poste ne constitue pas en soi un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique – cet obstacle étant en réalité déjà levé depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 9 juin 1999 –, mais simplement un obstacle (éventuel) à la libéralisation du recommandé électronique.

Par ailleurs, cette disposition transversale pose problème en ce qu'elle vise l'ensemble des opérateurs, et ne permet donc pas de séparer le bon grain de l'ivraie. Or, à juger de la piètre qualité de certains services de recommandé présents sur l'internet, nous avons vu qu'il était nécessaire pour des raisons de sécurités juridiques de mettre en place un mécanisme incitant les opérateurs à offrir un service de haute qualité.

Ce mécanisme consisterait, d'une part, à définir un statut juridique strict pour les prestataires de services de recommandé électronique, régime auquel le prestataire se soumettrait volontairement et, d'autre part, à consacrer une « clause d'assimilation bis »³⁰ qui ne s'appliquerait qu'au service de recommandé électronique offert par les prestataires ayant décidé volontairement de se soumettre à ce statut juridique.

Le régime juridique suivrait une logique comparable à celui prévu par la loi du 9 juillet 2001 pour les prestataires de service de certification de clés cryptographiques

utilisées à des fins de signature³¹. A l'instar de ces derniers, les prestataires de service de recommandé électronique devraient offrir des garanties à divers égards :

- indépendance et intégrité ;
- information correcte de l'utilisateur ;
- continuité des activités ;
- solidité financière ;
- qualifications et expérience du personnel employé eu égard au service fourni ;
- conditions de sécurité et de fiabilité des technologies utilisées, notamment dans le cadre de la délivrance des certificats de temps et de la fiabilité des accusés de réception³² ;
- utiliser des normes largement reconnues dans le domaine de la certification de temps³³ ;
- délivrance systématique d'une preuve de dépôt par l'émetteur et, le cas échéant, d'une preuve de réception par le destinataire ;
- utiliser un mécanisme de signature électronique qualifiée.

Il convient également de déterminer les responsabilités et modalités de contrôle de ce nouveau « tiers de confiance ». Concernant les responsabilités, on pourrait consacrer un régime de présomption de responsabilité du prestataire dans diverses hypothèses prédéfinies, à l'instar de l'article 14 actuel de la loi du 9 juillet 2001. Ainsi, le prestataire qui délivre à l'intention du public un service de recommandé électronique qualifié serait par exemple présumé responsable du préjudice causé à toute personne physique ou

30. On parle de clause d'assimilation *bis* car la première clause d'assimilation est applicable en matière de signature électronique.

31. En ce sens, E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, p. 92.

32. Sur la question des garanties à offrir dans le cadre d'un service d'horodatage, voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage de documents électroniques », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43 et s.

33. Dans ce cadre, il serait utile de constituer un comité d'experts techniques chargé de plancher sur la détermination de normes jugées acceptables et de publier ces normes.

morale qui, en bon père de famille, se fie raisonnablement à ce service pour ce qui est de la certitude de l'envoi, de l'exactitude de la date de l'envoi et, le cas échéant, de la certitude de la réception de l'envoi par le destinataire désigné et lui seul.

Etant donné l'interdiction de subordonner l'accès à l'activité d'un prestataire de service de la société de l'information à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent³⁴, la soumission au statut juridique particulier doit rester volontaire. Le cas échéant, il pourrait donner lieu à une déclaration auprès de l'administration compétente selon laquelle le prestataire offre un service de recommandé électronique qualifié. De la sorte, il prétendrait publiquement respecter l'ensemble des exigences techniques et juridiques de la loi, informerait utilement le public souhaitant bénéficier des effets de la clause d'assimilation bis et permettrait à l'administration d'exercer efficacement son pouvoir de contrôle.

Dès lors que le prestataire respecterait les garanties précitées, les services offerts par ce dernier bénéficieraient des effets de la clause d'assimilation bis. Cette clause consisterait à présumer que le service de recommandé électronique qualifié remplit les fonctions reconnues traditionnellement à celui-ci : réalité de l'envoi, date de l'envoi et, le cas échéant, réception par le destinataire de cet envoi. Certes, l'une ou l'autre des parties disposeraient toujours de la faculté de renverser la présomption mais, en pratique, il lui sera difficile de convaincre le juge en raison du niveau de qualité élevé offert par le prestataire qui s'est soumis volontairement au régime juridique consacré par

la loi. Ce régime juridique constituerait donc une espèce de label de confiance qui renforcerait largement la sécurité juridique dans un domaine, faut-il le rappeler, aussi technique.

La clause d'assimilation bis pourrait être stipulée comme suit :

« La réalité d'un envoi, la date de cet envoi et, le cas échéant, la réception par le destinataire désigné de cet envoi sont présumés lorsque l'on recourt à un recommandé électronique qualifié.

Un recommandé électronique est réputé qualifié lorsqu'il est mis en œuvre par un prestataire répondant aux exigences de la loi du...[éventuellement, loi du 9 juillet 2001 modifiée] ».

Par contre, si l'utilisateur décide de passer par un prestataire non soumis à l'application du régime juridique spécifique, et n'émettant donc pas de recommandé électronique qualifié, il appartiendrait à cet utilisateur de convaincre le juge – en cas de doute soulevé par celui-ci ou de contestation de l'autre partie – que le service en question permet in casu de garantir la réalité et la date de l'envoi ainsi que la réception du message par le destinataire. On se rend compte que cette preuve sera difficile à rapporter, spécialement si le prestataire n'offre pas un minimum de garanties techniques (signature électronique qualifiée, certificat de temps, etc.). Par ailleurs, le prestataire de recommandé électronique sera soumis aux règles de droit commun de la responsabilité et échappera donc à la présomption de responsabilité applicable aux prestataires qui offrent le service de recommandé électronique qualifié.

34. Art. 4 de la directive sur le commerce électronique.

1. Les enjeux relatifs à l'archivage électronique

L'archivage consiste à maintenir en l'état un document, et donc à le préserver contre toute altération, modification ou destruction, en vue de le restituer dans ce même état en cas de nécessité – notamment pour des raisons probatoires – après un certain temps³⁵.

L'avènement de la société de l'information et la multiplication des documents sous forme électronique posent, avec une acuité nouvelle, le problème de la pérennité de notre patrimoine juridique. Dans un monde « virtuel » et « dématérialisé », vivant au rythme d'une technologie en perpétuel mouvement, l'écoulement de quelques années suffit parfois à rendre irrémédiablement illisible la moindre information numérisée. Outre le fait que cette question est préoccupante d'un point de vue historique et culturel, elle en constitue un véritable enjeu dans le domaine du droit, tant l'écrit (sous-entendu papier jusqu'il y a peu) constitue un des piliers de notre système juridique.

Le problème juridique de la conservation des documents concerne maints acteurs et branches du droit, tant du domaine public que privé. En effet, de nombreuses dispositions légales envisagent la conservation de documents, dans une grande variété de secteurs d'activités. Dans le secteur public, relevons par exemple les innombrables re-

gistres officiels : registre de la population, registre électoral, registres d'état civil, conservation des hypothèques, registres fonciers, registre du commerce, registre des détenus, casier judiciaire... Dans le secteur privé, on trouve un certain nombre d'obligations légales de conservation de documents en droit fiscal, droit comptable, droit social, droit commercial, etc., sans oublier les obligations spécifiques pesant sur certaines professions (notaires, avocats, huissiers de justice, médecins, pharmaciens...). En outre, n'oublions pas que, indépendamment de toutes contraintes légales, les parties veilleront généralement à conserver volontairement leurs contrats en vue de disposer d'un moyen de preuve en cas de litige.

L'on sait que ces obligations de conservation ont des conséquences organisationnelles et financières non négligeables pour les personnes qui y sont soumises. Dans ce contexte, l'apparition de l'archivage sous forme électronique constitue un réel progrès, en termes de gestion, permettant l'exploitation d'une quantité impressionnante de documents, en réduisant considérablement les contraintes de temps et d'espace³⁶. On doit toutefois constater que la conservation à long terme de documents numériques constitue un véritable défi pour les archivistes et les informaticiens.

La première grosse difficulté posée par l'archivage électronique est celle

35. Sur ce sujet, voy. M. DEMOULIN et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 102, et les nombreuses références.

36. Voy. C. HUC, « La pérennité des documents électroniques - Points de vue alarmistes ou réalistes ? », *Bulletin des archives de France sur l'archivage à long terme des documents électroniques*, n° 7, oct. 2001, disponible à l'adresse <http://www.archivesdefrance.culture.gouv.fr> ; T. LIEUTENANT et S. MARIN, « Archivage et horodatage de documents électroniques », document C.R.I.D., mai 2001, p. 7, disponible à l'adresse suivante : <http://www.droit.fundp.ac.be/e-justice/documents.htm>.

de garantir la stabilité et la lisibilité des données numériques à long terme³⁷. En effet, le document numérique présente, par rapport au document papier, l'inconvénient majeur de ne pouvoir être directement lisible par l'homme, et de nécessiter l'entremise de moyens informatiques en perpétuelle évolution. Se pose alors le problème de la lisibilité³⁸ des données numériques, menacée par la double obsolescence du matériel informatique (hardware) et des logiciels (software), notamment d'écriture, de lecture et d'exploitation. On mesure en effet toute l'inutilité d'une information numérique qui deviendrait par l'effet du temps illisible parce que son langage de description ne pourrait plus être interprété par aucun système informatique ou encore parce qu'on ne dispose plus du matériel ad hoc pour lire le support sur lequel est stocké l'information.

Concernant la stabilité, la fragilité des supports numériques pose aussi problème. En effet, si on veut permettre la conservation suffisamment longue des informations qu'il contient, il est nécessaire que le support se dégrade peu et présente une stabilité adéquate. Or, il apparaît que la plupart des supports informatiques ont une durée de vie largement inférieure à celle du papier conservé dans de bonnes conditions, même si l'on assiste actuellement à l'apparition de nouvelles générations de support dont la résistance ne fait qu'augmenter.

Si on ne peut nier que des problèmes de stabilité et de lisibilité existent,

on remarque aussi qu'un certain nombre de solutions techniques peuvent être mises en place pour tenter de préserver les informations sous forme numérique³⁹. Toutefois, on constate que ces solutions nécessitent que l'on se donne les moyens techniques, financiers et organisationnels pour les mettre en œuvre, ce qui est à la portée de peu d'individus, entreprises ou administrations. Un tiers de confiance pourrait donc en faire son métier et offrir un service à un prix raisonnable à l'ensemble des personnes intéressées (tant les administrations et entreprises que les particuliers concluant occasionnellement un contrat en ligne).

Outre la nécessité de garantir la stabilité et la lisibilité des documents archivés électroniquement, le système d'archivage doit permettre – durant une période de temps suffisamment longue – de garantir et de vérifier le maintien de l'intégrité du contenu des documents.

Le maintien de l'intégrité peut s'envisager dans une double optique⁴⁰.

Soit le document n'est plus appelé à être modifié. Il convient alors de figer définitivement le contenu de celui-ci, de telle manière qu'il ne puisse subir aucune altération par la suite, ou à tout le moins que l'on puisse repérer aisément toute modification non autorisée. Cette immuabilité peut être garantie tant par le support du document (p. ex. un cédérom, un DVD) que par le recours à certaines techniques informati-

37. En ce sens, M. DEMOULIN et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », *op. cit.*, p. 103.

38. Par lisibilité, on entend l'accessibilité à la compréhension humaine des informations contenues dans le document, grâce à un procédé approprié (M. ANTOINE et Y. POULLET, « 'Vers la confiance' ou comment assurer le développement du commerce électronique », in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 362).

39. Sur ces différentes solutions techniques, voy., notamment, F. BOUDREZ, *Het digitale archiveringssysteem*, *op. cit.*, pp. 7-11, <http://www.dma.be/david/index2.htm> ; T. LIEUTENANT et S. MARIN, « Archivage et horodatage de documents électroniques », *op. cit.*, pp. 5 et s. ; Technical Advisory Service for Images (TASI), « Establishing a digital preservation strategy », Advice paper, mars 2002, disponible à l'adresse <http://www.tasi.ac.uk>. ; M. DEMOULIN et D. GOBERT, *op. cit.*, pp. 105-107.

40. Voy. M. DEMOULIN et D. GOBERT, *op. cit.*, p. 107.

ques, notamment de signature électronique.

Soit le document à conserver peut ou doit encore subir des modifications par la suite (mentions marginales, ajout de pièces, etc.). Il convient alors de garantir que chacune des modifications ultérieures sera repérable et datable, ce qui devrait être techniquement possible notamment au moyen d'un logiciel prévu à cet effet (qui n'est lui-même pas à l'abri de l'obsolescence...) ou en passant par les services d'un tiers de confiance.

Lorsqu'un document signé numériquement doit être conservé pendant un certain nombre d'années, se pose également la question de la conservation d'une série de données (clés, certificats), nécessaires à la vérification de la signature. Il est important, en effet, de pouvoir vérifier qu'au moment où le document a été signé, le certificat n'était pas expiré ni révoqué, qu'il appartenait effectivement à la personne prétendue. Si les clés de cryptage (publiques et privées), les certificats et les dispositifs de création et de vérification des signatures ne sont pas conservés, il sera impossible, au bout de quelques temps, de vérifier l'identité des signataires ou l'intégrité du contenu, voire d'accéder au document signé, si celui-ci a en outre été crypté à des fins de confidentialité⁴¹. Ce problème est envisagé dans la loi du 9 juillet 2001. En effet, le prestataire de service de certification délivrant des certificats qualifiés est tenu d'enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant trente ans⁴². Aux termes de la loi, le but principal de cette obligation de conservation est de

servir de preuve en justice. En effet, en cas de litige sur la validité d'une signature électronique, le juge doit pouvoir consulter le certificat du signataire tel qu'il était au jour de la signature, eût-il expiré ou été révoqué depuis lors. La loi précise que ces enregistrements peuvent être effectués par des moyens électroniques.

Enfin, on peut se demander si un document signé numériquement va garder son caractère original indéfiniment. En effet, un problème nouveau apparaît en ce qui concerne l'archivage d'un document électronique signé numériquement. La paire de clés et le certificat n'ont qu'une « durée de vie » limitée. Après une certaine période, on considère que cette paire de clés n'a plus un niveau de sécurité suffisant car le risque de découvrir la clé privée au départ de la clé publique augmente, ce qui signifie qu'un tiers mal intentionné pourrait signer, ni vu ni connu, à la place du titulaire des clés. De plus, le certificat a généralement une durée limitée de validité (généralement, un an maximum). Dès lors, que se passe-t-il si en 2005, un litige vient à naître à l'égard d'un contrat signé en 2003 à l'aide d'une paire de clés et d'un certificat dont on sait qu'ils seront expirés (périmés !) en 2004 ? Pourra-t-on présenter le prétendu contrat en vue de faire preuve ? Le juge lui reconnaîtra-t-il le statut d'original ? A priori et sans mise en place d'un mécanisme fiable d'archivage géré par un organisme tiers et indépendant, rien n'est moins sûr dans la mesure où le document utilisé en 2005 peut être simulé ou avoir été modifié en raison de l'obsolescence des techniques de signature utilisées en 2003.

41. En ce sens, M. DEMOULIN et D. GOBERT, *op. cit.*, p. 108.

42. Annexe II de la loi du 9 juillet 2001, point i. A ce sujet, P. LECOCQ et B. VANBRABANT déplorent que le point de départ du délai de conservation ne soit pas fixé par la loi, et proposent de partir de la date d'expiration du certificat et non de son émission (« La preuve du contrat par voie électronique », in *le commerce électronique, un nouveau mode de contracter ?*, Ed. Jeune barreau Liège, 2001, p. 97, note 145). En ce sens, voy. aussi D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *op. cit.*, p. 130.

2. Vers un archivage électronique qualifié

En raison des diverses difficultés techniques rencontrées par la conservation de documents électroniques, il peut s'avérer opportun de confier à un tiers de confiance (tiers archiver) le soin de conserver les documents électroniques et de mettre en œuvre les moyens techniques nécessaires pour garantir dans le temps les qualités fonctionnelles des documents archivés. La tâche du tiers de confiance consiste à archiver les documents dans des conditions de sécurité de nature à assurer leur intégrité, leur lisibilité et leur stabilité pendant un certain nombre d'années⁴³.

Une nouvelle fois, il s'agirait d'une mission supplémentaire qui pourrait être confiée aux prestataires de service de certification, ou à un autre prestataire, à côté des services de certification d'identité dans le cadre de l'utilisation d'une signature électronique ainsi que de recommandé électronique.

Comme pour le recommandé électronique, il conviendrait de mettre en place un mécanisme incitant les opérateurs à offrir un service d'archivage de haute qualité. Ce mécanisme consisterait, d'une part, à définir un statut juridique strict pour les prestataires de services d'archivage électronique, régime auquel le prestataire se soumettrait volontairement et, d'autre part, à consacrer une « clause d'assimilation ter »⁴⁴ qui ne s'appliquerait qu'au service d'ar-

chivage électronique offert par les prestataires ayant décidé volontairement de se soumettre à ce statut juridique⁴⁵. De la sorte, la confiance que l'on placerait en ces tiers se justifierait pleinement.

a. Régime juridique applicable au prestataire souhaitant offrir un service d'archivage qualifié

La loi du 9 juillet 2001 ne s'applique à un P.S.C. qui proposerait un service d'archivage⁴⁶ que pour autant que ce dernier service s'inscrive dans la continuité du service principal de « délivrance et de gestion de certificats d'identité ». Par contre, elle ne s'applique pas à un tiers de confiance qui se limiterait à fournir l'unique service d'archivage de documents électroniques⁴⁷.

Quoi qu'il en soit, la loi du 9 juillet 2001 ne contient certainement pas toutes les exigences suffisantes pour garantir une conservation fiable des documents et déterminer leur valeur probante. A cet égard, une intervention législative pourrait s'avérer nécessaire. Néanmoins, comme point de départ, l'on pourrait s'inspirer d'un certain nombre des exigences posées par la loi du 9 juillet 2001 et les appliquer – moyennant certaines adaptations – aux activités de tiers archiver. Il conviendrait en outre d'y ajouter un certain nombre de garanties spécifiques à cette activité. Celles-ci pourraient se présenter comme suit.

43. Le nombre d'années peut varier en fonction de la finalité du document à archiver et/ou du délai légal d'archivage.

44. La première clause d'assimilation est dédiée à la signature électronique qualifiée et la clause d'assimilation *bis* serait dédiée au recommandé électronique qualifié.

45. La sousmission au régime juridique doit être volontaire si le service d'archivage est totalement électronique, et répond dès lors à la définition de service de la société de l'information, car dans ce cas l'article 4 de la directive sur le commerce électronique (principe de non-autorisation préalable) est applicable.

46. Notons que même si le P.S.C. ne propose pas ce service, il est tenu « d'enregistrer toutes les informations pertinentes concernant un certificat qualifié pendant le délai utile de 30 ans » (annexe II, point i, de la loi du 9 juillet 2001), afin principalement de pouvoir fournir une preuve de la certification en justice.

47. D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *op. cit.*, p. 102.

Le tiers archiveur devrait offrir des garanties en terme de sécurité et de fiabilité. Dans un domaine à ce point technique et en perpétuelle évolution, le tiers devrait être en mesure de faire la preuve qu'il est suffisamment fiable pour fournir des services de conservation de documents (papiers ou électroniques). A ce titre, le tiers devrait utiliser des systèmes et produits fiables⁴⁸. Peut-être serait-il judicieux de charger un comité d'experts de dégager des normes techniques – comme pour la signature électronique – ce qui permettrait de présumer le respect du critère de fiabilité lorsque le tiers utilise ces normes. La détermination de ces normes devrait être inspirée par le souci d'assurer la stabilité, la lisibilité, l'intégrité ainsi que la vérification de l'origine des documents archivés.

Par ailleurs, le métier d'archiveur ne s'improvise pas. Le tiers devrait posséder l'expertise nécessaire pour assurer ses activités de conservation de documents. A cette fin, il devrait employer du personnel ayant les connaissances spécifiques, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture des services et, en particulier, des compétences et connaissances en gestion et en technologie de conservation de documents papiers et/ou électroniques ainsi qu'une bonne pratique des procédures de sécurité appropriées. Il devrait en outre appliquer des procédures et méthodes administratives et de gestion qui soient adaptées et conformes à des normes reconnues.

Le tiers archiveur devrait aussi assurer, étant tenu au secret professionnel, la confidentialité des données et ne les transmettre qu'aux personnes expressément autorisées. De plus, le tiers devrait prendre des mesures contre la contre-

façon voire la manipulation ou la destruction des documents archivés mais aussi utiliser des systèmes fiables pour conserver ceux-ci de sorte que l'information puisse être contrôlée quant à son authenticité (de l'origine et du contenu). Enfin, il conviendrait également de mettre en place un système de back up sur plusieurs sites différents afin de prévenir toute destruction ou disparition des documents archivés.

Le prestataire de services d'archivage devrait en outre posséder des ressources financières suffisantes pour exercer ses activités et assurer la pérennité de celles-ci⁴⁹. On imagine l'insécurité juridique qui résulterait de faillites de sociétés qui auraient proposé à la légère un service de conservation de documents à des fins probatoires. Le tiers devrait par exemple souscrire une assurance afin de permettre, le cas échéant, l'indemnisation des utilisateurs ayant subi un dommage suite à l'inexécution des obligations contractuelles ou des obligations qui lui seraient imposées par ou en vertu de la loi.

Le tiers archiveur devrait aussi offrir des garanties quant à la continuité de ses activités. Au risque de laisser de nombreux utilisateurs dans l'incapacité de récupérer leurs archives, il conviendrait de garantir, en cas de cessation des activités du tiers archiveur, la reprise de celles-ci par un autre tiers de confiance assurant un niveau équivalent de qualité et de sécurité⁵⁰. A défaut, il devrait en tout cas restituer à ses utilisateurs leurs documents archivés, sous une forme lisible, en certifiant que leurs qualités fonctionnelles ont été préservées jusqu'à la cessation de ses activités. Peut-être pourrait-on aussi envisager une intervention des archives générales du Royaume dans ce contexte.

48. Inspiré de l'annexe II, f, de la loi du 9 juillet 2001.

49. Inspiré de l'annexe II, h, de la loi du 9 juillet 2001.

50. Inspiré de l'article 15 de la loi du 9 juillet 2001.

Si un système d'archivage impliquant un tiers est mis en place, il convient de renforcer la confiance et de promouvoir l'utilisation de ce système dans un cadre sécurisé. L'information correcte de l'utilisateur des services devrait contribuer à la réalisation de cet objectif. L'utilisateur devrait ainsi être informé, dans une langue compréhensible, des modalités et conditions précises d'utilisation du service d'archivage, y compris des limites imposées à son utilisation, du matériel et des logiciels utilisés pour archiver, des procédures d'exploitation suivies et des dispositifs de sécurité mis en place ainsi que des engagements juridiques assumés⁵¹. On pourrait éventuellement imposer au tiers de confiance un devoir de conseil qui consisterait à informer les utilisateurs des délais de conservation légaux qu'ils doivent respecter en fonction du document archivé.

Pour que le public puisse accorder sa confiance au tiers archiveur, celui-ci devrait nécessairement offrir des garanties d'indépendance par rapport aux utilisateurs tant sur le plan juridique que financier. En effet, le tiers archiveur a notamment pour fonction de veiller au maintien des garanties précitées – dont l'identité des parties et l'intégrité du contenu – pour que l'on puisse reconnaître, malgré l'écoulement du temps et l'affaiblissement des techniques, valeur probatoire au document conservé et éviter que l'une ou l'autre des parties (ou un tiers) ne mettent en péril ces garanties (en modifiant le contenu du document par exemple ou en répudiant celui-ci). On imagine mal, dans ce cadre, que le tiers archiveur chargé du maintien de ces garanties soit dépendant financièrement de l'une des parties ... au contrat conservé par ce tiers.

Ici aussi, on pourrait consacrer un régime de présomption de responsabilité du prestataire dans diverses hypothèses prédéfinies, à l'instar de l'article 14 actuel de la loi du 9 juillet 2001. Ainsi, le prestataire qui délivre à l'intention du public un service d'archivage électronique qualifié serait par exemple présumé responsable du préjudice causé à toute personne physique ou morale qui, en bon père de famille, se fie raisonnablement à ce service pour ce qui est de la véracité des signatures du document conservé ainsi que du maintien de l'intégrité de ce dernier. Le prestataire serait également présumé responsable dans l'hypothèse où il s'avère que le document n'est plus lisible et/ou stable avant même que le délai fixé par le prestataire ne soit écoulé.

Enfin, le tiers doit veiller à offrir des garanties probatoires. A l'instar de la loi du 9 juillet 2001 et afin de pouvoir fournir une preuve en justice, le tiers de confiance devrait être tenu d'enregistrer toutes les informations pertinentes concernant le document archivé pendant un « délai utile ». Ce délai pourrait varier en fonction du besoin de l'utilisateur et du type de document. Il reste bien entendu à préciser ce qu'il faut entendre par « informations pertinentes ». Il s'agirait notamment des informations relatives au déposant des documents archivés, de la date du dépôt, de la durée de la conservation, du format du fichier archivé ainsi que de la version du logiciel utilisée pour le créer, des données relatives à la signature électronique et au certificat utilisés, etc.

Dans la mesure où l'archivage électronique apparaît comme un métier relativement technique, complémentaire et comparable à celui déjà offert par les prestataires de service de certification, qui par ailleurs disposent parfois

51. E. A. CAPRIOLI, « Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique », *Petites Affiches*, 19 août 1999, n° 165, p. 10.

d'une expérience en matière de conservation électronique de documents, nous pensons qu'il serait opportun de compléter et remanier la loi du 9 juillet 2001 en vue de reconnaître juridiquement l'archivage électronique plutôt que d'élaborer un nouveau corps de règles propre à cette activité.

b. La clause d'assimilation ter

En vue d'assurer un maximum de sécurité juridique, et à l'instar de la proposition faite en matière de recommandé électronique, il semble opportun de prévoir une clause d'assimilation ter comparable à celle consacrée par l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001⁵². Cette clause d'assimilation ter consisterait à dire que lorsqu'un tiers archiveur s'engage à respecter les garanties précitées⁵³, on présume que l'intégrité, la lisibilité, la stabilité ainsi que l'origine des documents archivés sont assurées⁵⁴, et donc que ces documents conservent leur valeur probante d'origine, encore même auraient-ils changés de support ou seraient-ils imprimés dix voire trente ans après leur création.

La clause d'assimilation ter pourrait être stipulée comme suit :

« La lisibilité, la stabilité et les fonctions de la ou des signatures⁵⁵ du document conservé sont présumées durant la période fixée par le prestataire⁵⁶ lorsque l'on recourt à un service de conservation électronique de document qualifié.

Un service de conservation électronique de document⁵⁷ est réputé qualifié lorsqu'il est mis en œuvre par un prestataire répondant aux exigences de la loi du...[éventuellement, loi du 9 juillet 2001 modifiée] ».

Par contre, si l'utilisateur décide de passer par un prestataire non soumis à l'application du régime juridique spécifique, et n'émettant donc pas de service d'archivage électronique qualifié, il appartiendrait à cet utilisateur de convaincre le juge – en cas de doute soulevé par celui-ci ou de contestation de l'autre partie – que le service en question permet in casu de garantir la lisibilité, la stabilité, l'identité des signataires et la non altération du document. On se rend compte que cette preuve sera difficile à rapporter, spécialement si le prestataire n'offre pas un minimum de garanties techniques et d'indépendance. Par ailleurs, le prestataire du service d'archivage électronique sera soumis aux règles de droit commun de la responsabilité et échappera donc à la présomption de responsabilité applicable aux prestataires qui offrent le service d'archivage électronique qualifié. A titre d'exemple, s'il s'avère que le document n'est plus lisible lorsque l'on veut s'en prévaloir, par exemple dix ans après sa génération, il appartiendrait à l'intéressé d'apporter la preuve d'une faute dans le chef du prestataire, sauf à considérer que ce dernier se soit engagé à une obligation de résultat, ce qui est peu probable en pratique. En attendant, le mal est fait !

52. Pour un commentaire de cette clause d'assimilation, voy. les références à la note 11.

53. Dans ce cas, on pourrait dire que le prestataire offre un service d'archivage électronique *qualifié*.

54. Il s'agit d'une approche fonctionnelle de l'archivage électronique, comparable à celle consacrée par l'article 10 de la loi type sur le commerce électronique de la C.N.U.D.C.I. qui traite de la conservation des messages de données.

55. Pour rappel, les fonctions assignées à la signature sont l'identification du signataire, la manifestation de son consentement ainsi que le maintien de l'intégrité du contenu.

56. De la sorte, le prestataire peut varier la gamme de ses services (et des prix) en fonction des délais de conservation, sachant que les contraintes techniques et organisationnelles sont plus lourdes pour le prestataire s'il doit conserver le document pendant trente ans que s'il doit le faire pendant cinq ans.

57. Peu importe que le document originaire soit sous forme papier ou électronique.

La fourniture d'un service de blocage transitoire des sommes

50

1. Présentation du contexte

Comme on le sait, l'article 80, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après L.P.C.C.) consacre dans les contrats à distance, un droit de renonciation au profit du consommateur. Ainsi, ce dernier peut, sans motif et sans frais et pendant un délai de minimum sept jours, se rétracter et renvoyer le bien acheté au vendeur.

Afin de lui permettre de jouir pleinement de ce droit, le législateur a prévu qu'aucun acompte ou paiement ne pouvait être exigé de lui avant la fin du délai de renonciation. Ce principe est consacré par l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}, de la L.P.C.C., qui dispose que : « Sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation⁵⁸, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1^{er} ».

L'objectif de cette disposition est de faire en sorte que le consommateur puisse faire usage de son droit de re-

nonciation sans craindre de ne pas récupérer la somme déjà versée : « trop de cas malheureux, qui se sont produits en Belgique et à l'étranger démontrent que l'usage du droit de renonciation est vain lorsque le consommateur ne parvient pas à récupérer son argent »⁵⁹. « En effet, le fait d'avoir déjà versé des sommes, voire la totalité du prix, au vendeur et la crainte de ne pouvoir récupérer cet argent constituerait une pression trop forte pour le consommateur, l'incitant à ne pas faire usage de la faculté de renoncer »⁶⁰.

Ce n'est pas le lieu de discuter de la pertinence ou non de cette disposition. Limitons-nous à dire que le principe de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé doit être bien compris : il n'implique pas que tout paiement anticipé est systématiquement interdit ! Il signifie uniquement que parmi les modes de paiement proposés au consommateur, au moins un doit lui permettre de ne payer qu'après la fin du délai de renonciation. Pour autant que le vendeur donne au consommateur cette possibilité, le vendeur peut même suggérer ou susciter un paiement anticipé. Outre le fait qu'elle est confirmée par de nombreux auteurs⁶¹ et a été reçue en juris-

58. L'article 45 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prévoit en effet que pour la conclusion d'une vente à tempérament et au plus tard au moment de la signature du contrat, un acompte correspondant à au moins 15% du prix d'achat au comptant doit être payé. Sur ce thème, voy. notam. C. BIQUET-MATHIEU, « Le crédit à la consommation - Actualités et perspectives de la loi du 12 juin 1991 », in J.-P. BUYLE (sous la dir. de), *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Liège, éd. Jeune barreau, 2002, pp. 176-178, n°s 84-85.

59. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1200/2, p. 84.

60. T. BOURGOIGNIE, « Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs », rapport de la commission d'étude pour la réforme du droit de la consommation, ministère des Affaires économiques, 1995, p. 135.

61. En ce sens, H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance ? », *D.A.O.R.*, 2002/64, pp. 350-364 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, p. 227 et s. ; L. DE BROUWER, « Le délai de réflexion. - Variations d'une protection dans les lois sur les pratiques du commerce et le crédit à la consommation », *Pratiques du commerce*, Liège, Formation permanente C.U.P., 1997, p. 143 ; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer - Een toepassing van de klassieke principes*, Gand, Intersentia, 2002, p. 503, n° 765 ; I. DEMUYNCK, « Handelspraktijken en consumentenbescherming in een virtuele omgeving », *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*. XXVII^e postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001, Anvers, Kluwer, 2002, p. 184, n° 373 ; A. SALAÜN, « Transposition de la directive contrats à distance en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 2000, p. 41.

prudence⁶², cette interprétation se déduit de deux éléments.

Premièrement, lors de l'adoption de ce principe, en 1991, d'autres options avaient été proposées. Le texte originel prévoyait en effet qu'« aucun acompte ou paiement quelconque ne [pouvait] être exigé ou accepté du consommateur avant la fin du délai de réflexion »⁶³. Or, au Sénat, les termes « ou accepté » furent supprimés⁶⁴. Le principe, tel qu'adopté, signifiait donc qu'il suffisait de donner au consommateur la possibilité de ne payer qu'après la fin du délai de renonciation mais que, pour le reste, un paiement anticipé pouvait avoir lieu pour autant qu'il ne soit pas exigé.

Deuxièmement, l'alinéa 2 de l'article 80, § 3, de la L.P.C.C., sous-entend clairement qu'il est possible qu'un paiement anticipé ait été effectué par le consommateur. En effet, celui-ci dispose que « En cas d'exercice du droit de renonciation prévu aux §§ 1^{er} et 2, le vendeur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Ce remboursement doit être effectué au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation ».

On se rend compte que l'interdiction n'apparaît donc pas aussi catégorique qu'elle ne pourrait laisser le croire. Dans les faits, on se doit néanmoins de constater que très peu de vendeurs, spécialement lorsqu'ils exercent leurs activités par le biais de sites de commerce électronique, offrent au consommateur la possibilité de payer après la fin du délai de renonciation.

Les vendeurs en ligne craignent en effet que des consommateurs peu consciencieux commandent un bien sous une fausse identité ou avec l'intention de ne pas payer le produit reçu⁶⁵. En guise d'illustration, nous reprenons ci-après la récente réponse d'un vendeur en ligne à un courriel de l'administration du Contrôle et de la Médiation invitant le vendeur à se mettre en conformité avec l'article 80, § 3, de la L.P.C.C. :

« A la suite de nombreuses commandes livrées et non payées, des produits renvoyés abîmés, cassés voire pas renvoyés du tout, nous exigeons en effet un paiement des marchandises avant l'envoi que ce soit par versement bancaire ou par carte de crédit où le paiement est aussi instantané. Je doute sincèrement que vous trouverez encore un seul site internet en Belgique qui acceptera l'envoi de marchandises avant réception du montant de la commande. Je tiens à signaler que, sans en faire la publicité, nous portons le délai de réflexion à 15 jours et non pas 7 comme prévu.

Il est clair que si je devais être obligé d'envoyer des marchandises (pour des valeurs qui passent bien souvent 2.500 euros) sans réception du paiement, vu les nombreux problèmes auxquels nous avons dû faire face (le dernier en date nous a coûté la modique somme de 400.000 BEF sans parler des deux années d'actions judiciaires), je préférerais de loin mettre fin à mes activités ».

Certaines décisions de jurisprudence vont même jusqu'à suggérer l'idée que le vendeur rend service au

62. Liège, 20 novembre 2001, D.C.C.R., 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT; cf. Prés. Comm. Namur, 22 avril 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT; Liège, 13 octobre 1998, D.C.C.R., 1998, p. 327; Mons, 6 février 1996, D.C.C.R., 1996, p. 124, *Ann. prat. comm.*, 1996, p. 160, note B. DE NAYER, conf. sur ce point Prés. Comm. Tournai, 2 mars 1994, *Ann. prat. comm.*, 1994, p. 372; Anvers, 29 juin 1993, J.T., 1994, p. 82, note D. VAN BUNNEN, cf. sur ce point Prés. Comm. Tongres, 16 février 1993, *Ann. prat. comm.*, 1993, p. 68.

63. *Doc. parl.*, Ch. repr., 1989-1990, n° 1240/20, p. 223.

64. *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1200/2, p. 84.

65. Liège, 20 novembre 2001, D.C.C.R., 2002, p. 46, note F. DOMONT-NAERT cf. Prés. Comm. Namur, 22 avril 1998, *Ann. prat. comm.*, 1998, p. 393, note F. DOMONT-NAERT.

consommateur en ne lui permettant pas de payer après coup. Ainsi, selon le président du tribunal de commerce de Tournai, il semble qu'une « faculté de paiement différé, comme toute forme de crédit, favorise un comportement plus léger de la part du consommateur et le pousse davantage à acheter sans être conscient de la dépense que cet achat implique »⁶⁶.

Pour ces diverses raisons, de nombreux vendeurs – en infraction à l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}, de la L.P.C.C. – ne proposent que des modes de règlement dans lesquels le paiement doit avoir lieu immédiatement ou à tout le moins au plus tard au moment de la livraison et donc avant la fin du délai de renonciation : classiquement, ces modes de paiement sont la carte de crédit, le virement bancaire⁶⁷ ou le paiement comptant à la livraison⁶⁸.

Il ne nous paraît pas souhaitable de maintenir cette pratique contraire à la loi, tout en prenant conscience qu'il n'est pas raisonnable de prendre des mesures trop contraignantes qui soient de nature à constituer un frein au développement du commerce électronique. Cette situation ne sert pas l'intérêt général (elle constitue un frein au développement de l'économie et des contraintes supplémentaires pour le prestataire belge par rapport à ses concurrents étrangers). Elle risque aussi de porter atteinte à la sécurité juridique (une disposition claire – mais peut-être excessive – dont le non-respect ne ferait l'objet d'aucune poursuite ni sanction, ce qui enlèverait tout effet utile à celle-ci et

créerait un sentiment d'impunité). En outre, la situation actuelle ne sert ni les intérêts particuliers du vendeur sérieux (dont la gestion du risque lui impose de demander un paiement immédiat ou au plus tard au moment de la livraison, tout en étant conscient qu'il enfreint la loi) ni les intérêts du consommateur (qui ne dispose d'aucune garantie quant au remboursement de son argent s'il exerce son droit de renonciation puisque dans les faits, le principe n'est pas respecté).

En 1999, le législateur avait déjà pris conscience de la difficulté que cette interdiction pouvait poser. En effet, le législateur a profité de sa réforme de l'époque⁶⁹ pour consacrer la possibilité de lever cette interdiction lorsque le vendeur respecte certaines règles fixées par le Roi. L'article 80, § 3, alinéa 3, de la L.P.C.C. dispose en effet que « L'interdiction visée au premier alinéa est levée lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur ». L'arrêt royal dont il est question n'a toutefois pas encore vu le jour. Pourtant, l'adoption de cet arrêt permettrait de régulariser la pratique actuelle tout en offrant une garantie de remboursement au consommateur : pour autant qu'ils respectent les règles fixées dans cet instrument et qu'ils en apportent la preuve, les vendeurs seraient en effet autorisés à exiger un paiement anticipé.

Se pose la question des règles que le Roi pourrait fixer en vue de permettre

66. Prés. Comm. Tournai, 2 mars 1994, *Ann. prat. comm.*, 1994, p. 272 se basant sur *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, 1200/2, p. 81.

67. On vise ici l'hypothèse la plus fréquente dans laquelle les biens ne sont livrés que lorsque le compte du vendeur est crédité de la somme convenue.

68. Sur la question de la légalité de l'engagement du vendeur de n'encaisser le montant d'un chèque qu'à l'issue du délai de renonciation ou encore de la pratique consistant à assortir les modes de paiement intervenant après la fin du délai de renonciation de diverses modalités pour encourager le consommateur à opter pour le paiement anticipé, voy. H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance ? », *D.A.O.R.*, 2002/64, pp. 350-364, et les nombreuses références.

69. La section 9 de la LPCC a été modifiée par la loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999).

le remboursement des sommes versées par le consommateur ? En d'autres mots, quels systèmes permettraient de garantir le respect de cette finalité ?

Le(s) système(s) qui peut être envisagé par le Roi doit poursuivre des objectifs divers qui ne sont, il est vrai, pas toujours faciles à concilier, notamment par ce qu'il convient de tenir compte tant des intérêts des consommateurs que de ceux des entreprises⁷⁰. Concernant les consommateurs, l'exposé des motifs de la loi précise que « le but est de [leur] garantir [...] un remboursement facile et rapide des sommes versées »⁷¹. Le faible montant des achats peut en effet dissuader le consommateur d'introduire une procédure longue et souvent complexe⁷². Concernant les entreprises, l'exposé des motifs indique que, en établissant les critères en vertu desquels les vendeurs peuvent échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé, il faut envisager « un système également praticable et accessible pour les petites et moyennes entreprises »⁷³.

En réponse à la question préalable posée, les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1999, proposent quatre pistes : système de cautionnement, blocage transitoire des sommes versées, assurance ou labellisation assurant un gage de qualité – notamment des sites de commerce électronique.

Dans la plupart des systèmes proposés, il apparaît que l'intervention d'un tiers (de confiance) est requise. Nous

nous limiterons toutefois à approfondir le système de blocage transitoire des sommes versées⁷⁴.

2. Le système de blocage transitoire des sommes versées

En 1997, le professeur Poulet suggérait déjà la mise en place d'un mécanisme de blocage transitoire des sommes versées. Dans un tel système, les sommes versées par le consommateur sont bloquées par un tiers de confiance en attendant la fin du délai de renonciation⁷⁵.

Ce type de service est déjà offert par des sociétés sur le marché. Prenons l'exemple du système proposé par la société néerlandaise Triple Deal⁷⁶. Ce service fonctionne comme suit. Chacune des parties est invitée à s'inscrire préalablement au service proposé par le tiers via son site. Ensuite, dès que le vendeur et l'acheteur se sont accordés sur le montant de l'opération, l'acheteur est invité à verser la somme à Triple Deal. Lorsque le paiement lui parvient, elle informe les parties et le vendeur est prié d'expédier le bien commandé. A partir du lendemain de la livraison, le consommateur dispose d'au moins sept jours pour renoncer à son achat. Si, pendant ce délai, il renonce à l'achat, le tiers lui reverse la somme (dès que le vendeur a reçu le bien renvoyé par l'acheteur). Si le consommateur ne fait pas usage de son droit de renonciation, le montant est crédité définitivement sur

70. H. JACQUEMIN, *op. cit.*

71. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 31.

72. T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *Le droit de l'internet et de la société de l'information - Droits européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 322, n° 610.

73. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 31.

74. Pour un commentaire approfondi des autres systèmes et de leur capacité à garantir au consommateur un remboursement des sommes versées, voy. la remarquable étude de H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance ? », *D.A.O.R.*, 2002/64, pp. 350-364.

75. Yves POULLET, « Transactions via Internet et protection des consommateurs », J. STUYCK et E. BALLON (éd.), in *Verkoop op afstand en Telematica - Juridische aspecten*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 155-156.

76. Pour plus de détails, voy. <http://www.tripledeal.com>. Le site de vente aux enchères eBay propose d'ailleurs aux internautes belges d'y recourir (<http://pages.ebay.fr/help/community/escrow.html>).

le compte du vendeur à l'expiration du délai précité. Par souci de sécurité, Triple Deal ne transfère le montant qu'après avoir reçu confirmation de l'acheteur. Le prestataire rémunère son service en percevant un montant qui varie en fonction du montant de la transaction (1,60 EUR pour une transaction inférieure à 250 EUR, 3 EUR pour une transaction entre 251 et 1 000 EUR, etc.)⁷⁷.

Dans ce système, le consommateur a en principe la certitude que le montant n'a pas été encaissé avant la fin du délai de renonciation et n'est pas tributaire du bon vouloir du vendeur s'il exerce son droit. Quant au commerçant, il est assuré d'être payé : le système le protège contre les commandes frauduleuses. On peut donc dire que ce système permet en théorie d'atteindre l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a instauré l'interdiction de paiement anticipé, à savoir permettre au consommateur d'exercer son droit de renonciation sans crainte de ne pas récupérer l'argent. Dès lors, le recours à un tel système doit être encouragé.

Néanmoins, cet encouragement ne doit pas se faire aveuglement. Ces tiers n'étant actuellement soumis à aucune contrainte spécifique, rien ne permet d'assurer que ceux-ci offrent les garanties suffisantes qui permettraient de justifier la confiance qu'on leur accorde.

Est-on certain que le tiers peut faire preuve d'une indépendance (financière et organisationnelle) suffisante par rapport aux parties ? Peut-il garantir qu'en cas de contestation entre le vendeur et l'acheteur, le tiers ne prendra pas systématiquement – pour des raisons peu avouables – le parti de l'une ou l'autre partie ?

Est-on certain que le prestataire mettra en œuvre les moyens techniques, humains et organisationnels suffisants en vue d'assumer pleinement et efficacement les engagements annoncés (sécurisation du paiement, attente de la réception des sommes versées par l'acheteur sur le compte du tiers avant d'inviter le vendeur à expédier son bien, attente de la confirmation de l'acheteur avant de payer le vendeur, etc.) ?

Qu'est-ce qui permet d'assurer que le tiers ne conservera pas trop longtemps les sommes versées sur son compte sécurisé – et ne retardera donc pas abusivement le paiement du vendeur – en vue d'en faire un placement à son unique profit ? À l'inverse, est-on certain que le tiers respectera le délai minimum de sept jours pour le droit de renonciation avant de créditer le compte du vendeur ?

Est-on certain que le mécanisme mis en place permettra aux utilisateurs de prouver aisément leurs droits, les engagements des parties et le bon déroulement de la procédure ? À cet égard, l'envoi de simples courriels⁷⁸ non signés électroniquement laisse penser.

Est-on certain qu'en cas de problèmes dans le déroulement de l'opération, le tiers ne se limitera pas à s'engager à une vague obligation de moyens assorties de nombreuses limites de responsabilités, voire à s'exonérer systématiquement de toute responsabilité ? À l'analyse, la lecture des conditions générales de certains de ces tiers laisse penser que ceux-ci ne souhaitent pas prendre de grands risques dans leurs activités : « [Le prestataire] ne donne pas de garanties quant aux services », « [Le prestataire] décline toute respon-

77. Les parties sont libres de partager ce coût ou de décider de le prendre personnellement en charge.

78. Pour confirmer le versement du montant sur le compte du tiers, la bonne réception du produit, etc.

sabilité pour tout retard dans l'exécution des activités ou dans la mesure où celui-ci est imputable à une panne technique. Il est également exclu que sa responsabilité soit engagée suite à des manipulations de fournisseurs et d'autres tiers », etc.

En guise d'illustration, il est également intéressant de présenter la position adoptée par ce type de prestataire – assez révélatrice des faibles (voire pseudo) engagements pris par certains tiers prétendus de « confiance » – dans le cadre d'un problème vécu par un utilisateur de ses services, qui a déposé une plainte au S.P.F. Economie en septembre 2003.

Le problème est le suivant. L'utilisateur-vendeur en question met en vente un bien via un site aux enchères. Très rapidement, un acheteur potentiel se fait connaître et propose, pour des raisons de sécurité, de faire la transaction par le biais d'un prestataire-tiers offrant un site sécurisé permettant le blocage transitoire des sommes (remarquons d'ailleurs que le site aux enchères invite les parties à recourir au prestataire-tiers pour leurs transactions). Deux jours plus tard, le prestataire-tiers envoie à l'utilisateur-vendeur confirmant que le montant a bien été versé par l'acheteur sur le compte sécurisé du tiers et l'invite à envoyer son bien par une société réputée de courrier express. Par la suite, la société de courrier express confirme que le bien a bien été réceptionné. Toutefois, le vendeur-utilisateur ne reçoit pas le montant versé initialement sur le compte du prestataire tiers. Lorsqu'elle se renseigne auprès de ce dernier, celui-ci répond par mail que : « [Le prestataire tiers] n'a jamais reçu le paiement de l'acheteur, qu'il n'a envoyé

aucun mail pour confirmer cela, qu'il s'agit sûrement d'une fraude, à laquelle [Le prestataire tiers] ne peut rien faire » !

Certes, sans instruction plus approfondie, il est délicat d'apprécier l'issue du litige et les responsabilités de chacun. Limitons-nous à dire que cette réaction première du prestataire tiers est peu acceptable pour un tiers qui se revendique de confiance et qui offre un service prétendu sécurisé. Dès lors, on voit l'intérêt d'encadrer juridiquement les activités de ces tiers, à tout le moins si leurs services sont offerts aux vendeurs professionnels en vue de leur permettre de ne pas être soumis au principe de l'interdiction d'exiger un paiement anticipé. La matière est trop complexe pour que l'on puisse, dans le cadre de cette contribution, déterminer les différentes garanties juridiques et techniques que devraient offrir ces tiers de confiance. Il nous semble néanmoins qu'une étude approfondie s'impose à ce sujet.

Dès lors qu'un régime juridique objectif, transparent et non discriminatoire serait mis en place, qu'elle serait l'intérêt pour le prestataire de se soumettre à ce régime supplétif ? Il est simple. Le mécanisme de blocage transitoire des sommes offert par un prestataire qui se soumet à ce régime juridique bénéficierait du « label de confiance » octroyé par le Roi dans le cadre de l'article 80, § 3, alinéa 3, de la L.P.C.C. Ainsi, tout vendeur qui recourrait au mécanisme offert par ce prestataire serait en droit d'exiger un paiement anticipé du consommateur. Ce mécanisme permettrait en effet de garantir, si nécessaire, le remboursement des sommes versées par le consommateur.

Après ces différents développements, il nous reste à clôturer notre réflexion par quelques lignes de conclusion. L'utilisation de la signature électronique et la prestation de services de certification devaient-elles être encadrées légalement ? Nous le pensons. Certains auteurs concluaient déjà en 1998 sur la nécessité de mettre en place les bases légales adéquates afin d'assurer la reconnaissance juridique des signatures électroniques et d'offrir un maximum de souplesse tout en maintenant un niveau de sécurité et de confiance élevé dans les services de certification⁷⁹. C'est désormais chose faite depuis le 9 octobre 2001, date à laquelle est entrée en vigueur la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

On regrette néanmoins la position parcellaire qu'a adopté le législateur sur cette problématique. Il aurait probablement pu pousser son raisonnement plus loin et consacrer un régime juridique général pour les tiers de confiance

et pas uniquement réserver ce régime au prestataire de service de certification émettant des certificats d'identité aux fins de signature. Nous espérons avoir convaincu qu'un cadre juridique plus ambitieux doit désormais être envisagé en vue de promouvoir – tout en le balisant – le développement des services de recommandé électronique, d'archivage électronique ainsi que de blocage transitoire des sommes versées. Une réflexion approfondie s'impose pour déterminer les différentes garanties techniques et juridiques que devraient offrir les prestataires de ces services ainsi que pour analyser les implications éventuelles que pourraient avoir les clauses d'assimilation bis et ter sur les règles de droit en vigueur actuellement.

S'il semble intéressant que cette réflexion puisse avoir lieu au niveau belge, on s'interroge sur la pertinence d'adopter un cadre juridique unique au niveau national. Il nous semble qu'une initiative européenne pourrait être lancée en parallèle, même si les résultats de la réflexion sont insufflés par la Belgique...

79. M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, juillet-octobre 1998, n° 4/5, pp. 285 à 310.